

SEPARACIÓN CONYUGAL Y MEDIACIÓN *

JAVIER ESCRIVÁ IVARS

SUMARIO

I • INTRODUCCIÓN. **II • ACERCA DE LA PREFERENCIA DEL ORDENAMIENTO CANÓNICO POR BUSCAR SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES A LOS CONFLICTOS.** 1. Preferencia por las soluciones extrajudiciales y una cierta desconfianza hacia las soluciones judiciales. 2. La litigiosidad procesal, siempre que sean practicables otras vías, es de por sí ajena al carácter de comunión del Pueblo de Dios. 3. Máximo respeto a la iniciativa procesal de parte y nuevos cauces de acción pastoral. 4. El recurso a la *mediación* familiar como método auxiliar de los procesos canónicos sobre causas matrimoniales. 5. Conciliación, mediación y arbitraje. Distinción de figuras afines. **III • ACERCA DE LA SEPARACIÓN CANÓNICA POR AUTORIDAD PROPIA Y POSTERIOR RECURSO, EN SU CASO, A LA SEPARACIÓN JUDICIAL CONSENSUAL EN EL ÁMBITO CIVIL.** 1. La separación por autoridad propia. 2. Separación por autoridad propia y separación de hecho en el ámbito civil. 3. ¿El futuro de los llamados sistemas matrimoniales? **IV • PROYECCIÓN CONTENCIOSA O CONSENSUADA DE LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO O CRISIS MATRIMONIAL.** 1. Los tribunales no deben ser «el primer recurso», sino «el último recurso» para la resolución de conflictos familiares. 2. Proyección consensuada o contenciosa del conflicto en causas de separación. 3. Proyección consensuada o contenciosa del conflicto en causas de nulidad o disolución canónica del vínculo. 4. El problema no es el conflicto, sino qué respuesta le damos. **V • LA MEDIACIÓN FAMILIAR.** 1. Introducción. 2. ¿Qué se entiende por mediación familiar? 3. Ámbito de aplicación. 4. Principios básicos de la mediación familiar. 5. Participación del abogado en la mediación: mediador o asesor jurídico. 6. Indicaciones y contraindicaciones de la mediación familiar. 7. El proceso de mediación.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Derecho está ineludiblemente presente en el momento constitutivo y en el momento extintivo de las relaciones jurídico-conyugales-familiares, así como en los momentos modificativos de

* Ponencia leída en el XXII Curso de Actualización en Derecho Canónico, *Moral y Derecho ante la conflictividad matrimonial*, Pamplona, 18-20 de septiembre de 2000.

esa relación jurídica matrimonial. Podrá ser más o menos exigente a la hora de formular requisitos para cualquiera de esos momentos, pero difícilmente puede dejar de estar presente. Y está también presente en el momento de la disolución o de la extinción de esas relaciones: así, por ejemplo, la disolución del matrimonio rato y no consumado, el fallecimiento de uno de los cónyuges. Es verdad que podrán darse situaciones de hecho —el abandono del hogar, la separación de hecho, etc.—, pero también aquí, lejos de poder hablar de una vida familiar ajena al Derecho, lo que hay son situaciones jurídicas familiares de las que en ocasiones el Derecho no puede dejar de extraer consecuencias y efectos jurídicos¹.

Tenemos, por consiguiente, que admitir la inevitable presencia de las normas jurídicas en la vida familiar en cuanto al valor organizativo, de constatación y de certidumbre que asumen.

Otra cosa distinta es la función del Derecho —y *en especial el recurso al derecho procesal*— como instrumento de justa paz familiar y de justa satisfacción de las pretensiones que entre los miembros de la familia se pueden suscitar a partir de su inevitable coexistencia. En este campo se puede decir que el Derecho puede estar ausente y aun que es bueno que esté felizmente ausente de la vida familiar, ya sea porque los conflictos no se produzcan nunca, o bien, lo que es más probable, porque los conflictos encuentran otras vías de arreglo y de solución. La habilidad de una familia para hacer frente constructivamente a los conflictos interpersonales determina, con frecuencia, que permanezca unida o se disuelva.

No podemos negar que exista un Derecho de realización espontánea o un Derecho que es absorbido y cumplido casi mecánicamente por la conciencia social o, por decirlo de algún modo, que se hace consuetudinario. También es verdad que hay un Derecho que se realiza por la vía de los pactos y de las transacciones. Pero en última instancia el Derecho encuentra su piedra de toque en el proceso. Su posibilidad final es el proceso. Esto quiere decir que el Derecho es un instrumento bastante limi-

1. Sobre la problemática de las funciones del Derecho en el matrimonio y la familia, vid., entre otros, R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid 1994; L. Díez PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid 1984; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid 1996.

tado, porque sólo resuelve aquellos conflictos que pueden ser encauzados o encarrilados por la vía procesal y porque sólo puede resolverlos a través del medio de terminación del proceso que es la sentencia. Y la sentencia judicial, aún revestida de todos sus valores, es también un instrumento de eficacia limitada.

Por ejemplo: como es sabido, forma parte del contenido de la relación jurídica matrimonial el derecho-deber de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente y que los esposos se deben respeto recíproco. ¿De qué modo pueden ser los cónyuges obligados a vivir juntos o a guardarse fidelidad o a respetarse mutuamente, cuando no están dispuestos a hacerlo? No existe fuerza humana que pueda conseguir el restablecimiento de la vida común, de la fidelidad o del respeto. Podrá conseguirse por vía de la persuasión o, incluso, de la intimidación, pero no por la fuerza. Por la fuerza es posible, por ejemplo, ingresar en la cárcel al cónyuge que ha maltratado físicamente al otro o ha expuesto a sus hijos. Podrán aplicarse multas, condenas pecuniarias o penas canónicas, pero la restauración de la situación rota es inalcanzable para el Derecho.

Esto quiere decir que en el campo matrimonial y familiar al Derecho lo único que se le puede pedir es que sobre unos hechos irremediables declare justas unas pretensiones. El cónyuge a quien su consorte falta a la obligación de fidelidad tendrá una justa causa para separarse. Pero el Derecho no puede reconciliar y restaurar la vida anterior al margen de la voluntad de los cónyuges. La experiencia demuestra, por ejemplo, que un proceso de nulidad, o de disolución del matrimonio canónico o de separación aunque resuelven un problema de los cónyuges, no garantizan necesariamente, de modo absoluto, la paz entre los litigantes, aunque la sentencia sea justa.

¿Cómo se puede transformar un enfrentamiento en cooperación? ¿Cómo se puede convertir conflictos que se van a desatar en problemas que se van a resolver? Acudir a la confrontación, recurrir a los tribunales, intentar resolver los problemas en forma litigiosa, es siempre costoso —costosos en todos los sentidos: económico, de tiempo, anímicos, etc.—, y con demasiada frecuencia inútil si se busca dar soluciones que permitan recomponer la paz y convivencia conyugal en un futuro más o menos próximo. En consecuencia, conviene explorar la posibilidad de recurrir a

otras fórmulas de resolución de conflictos como medio para la mejor solución a las disputas matrimoniales y familiares.

II. ACERCA DE LA PREFERENCIA DEL ORDENAMIENTO CANÓNICO POR BUSCAR SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES A LOS CONFLICTOS

1. *Preferencia por las soluciones extrajudiciales y una cierta desconfianza hacia las soluciones judiciales*

La legislación canónica nos muestra una indudable preferencia por buscar soluciones extrajudiciales a los conflictos, en lugar de recurrir al proceso judicial². Esta preferencia, que no es nueva, se expresa de forma reiterada en diversas normas del Código de 1983³.

Por lo que se refiere al proceso contencioso, es de obligada referencia el c. 1446, disposición que se sale fuera de los estrechos confines del derecho procesal y subraya la obligación de todos los fieles, y en primer lugar de los Obispos, «de procurar con diligencia que, sin perjuicio de la justicia, se eviten en lo posible los litigios en el Pueblo de Dios y se arreglen pacíficamente cuanto antes» (§ 1). Esta obligación grave pesa también sobre el juez —y aquí entramos claramente en el campo propio del derecho procesal— no sólo al comenzar la *litis*, sino en cualquier momento del juicio anterior a la sentencia, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito (cfr. § 2).

La normativa de carácter general del c. 1446, encuentra resonancia después en otros cánones, como los que se refieren específicamente: al proceso contencioso especial de nulidad de matrimonio: «Antes de aceptar una causa y siempre que se vea alguna esperanza de éxito, el juez empleará medios pastorales para inducir a los cónyuges si es posible a convalidar su matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal» (c. 1676); al proceso contencioso especial de separación: «Antes de aceptar una causa y siempre que haya esperanza de éxito, el juez debe emplear

2. Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli e le composizioni stragiudiziale delle controversie*, en «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 8 (1995) 273-286.

3. Cfr. por ejemplo, cc. 1446, 1559, 1676, 1695, 1713-1716, 1341, 1718, 1733-1734 y conexos.

medios pastorales para que los cónyuges se reconcilien y sean inducidos a restablecer la comunidad conyugal» (c. 1695); al proceso oral (cfr. c. 1659 § 1). Aquella normativa también tiene una fuerte impronta en lo que se refiere a las controversias administrativas, para las cuales se prevé incluso la constitución, por parte de las Conferencias Episcopales, de un órgano especial de conciliación (cfr. cc. 1733-1734). Y, por último, son especialmente paradigmáticas a este respecto, las normas del c. 1718 § 4 y §§ 1, 2º, que se remiten, para los juicios criminales, a la tan fundamental como tradicional disposición del c. 1341, que considera la pena canónica como última instancia a recurrir, después de haber agotado sin éxito todos los otros medios pastorales que tiene el Ordinario a su alcance⁴.

No es difícil adivinar el porqué de esa preferencia por las soluciones extrajudiciales y de una cierta desconfianza hacia las soluciones judiciales. Esa preferencia es una exigencia de la propia naturaleza de la Iglesia, que requiere que los conflictos entre los miembros del Pueblo de Dios «se resuelvan con espíritu de caridad, de sincero perdón y de verdadera conciliación, no contentándose tampoco con un mero compromiso. Y eso se puede conseguir más fácilmente con las soluciones pacíficas, consensuadas, que con un verdadero proceso»⁵.

2. La litigiosidad procesal, siempre que sean practicables otras vías, es de por sí ajena al carácter de comunión del Pueblo de Dios

La litigiosidad procesal, por tanto, siempre que sean practicables otras vías, es de por sí ajena al carácter de comunión del Pueblo de Dios, por más que vaya encaminada a la búsqueda de la verdad. El juicio —desde

4. En esta misma dirección se mueve también el Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium: cfr., por ejemplo, los cánones 1103 § 2 ; 1345 § 1; 1362; 998; 1469 § 1; 1341; c. 1381.

5. Z. GROCHOLEWSKI, *La tutela dei diritti dei fedeli e le composizioni stragiudiziale delle controversie*, op. cit., p. 282. «En la Iglesia, no se trata simplemente de que venza quien tiene razón, sino que se trata: de devolver la salud a la comunio herida (...); de restaurar y hacer eficaz la debida colaboración entre los miembros del Cuerpo Místico (...); de hacer valer los bienes espirituales, que tienen particular importancia a la luz de la fe. Todo esto se puede alcanzar con mayores posibilidades de éxito en las soluciones extrajudiciales» (*ibidem*, 282-283).

el máximo respeto a la iniciativa procesal de parte— debe evitarse siempre, con tal, como es obvio, de que sea posible, bien en su propio inicio, o bien interrumpiendo su curso por la *conciliación* de las partes en conflicto, cuya obtención es un deber no secundario del juez (cfr. c. 1446). El objeto de este deber es no omitir actos positivos de exhortar a los litigantes y de ayudarles para hallar un acuerdo que evite la *litis* y solucione la contienda. Entre los medios para conseguir ese fin el c. 1446 § 2 indica el recurso a la posible *mediación* de personas graves, que pueden ser familiares, amigos, personas de su confianza o recomendables por su imparcialidad, bondad y prestigio. Y en el § 3 del mismo canon, se señala que cuando el litigio verse sobre el bien particular de las partes, considere el juez si puede concluirse útilmente por *transacción* o por *juicio arbitral* de acuerdo con los cc. 1713-1716.

En cualquier caso, respecto a las soluciones extrajudiciales, es preciso advertir que los cc. 1446 § 3 y 1715 § 1 distinguen entre las causas de bien público —y otras sobre materias de las que las partes no pueden disponer libremente— y las causas de bien privado. En efecto, es obvio que en las causas que afectan al bien público no pueden utilizarse todos los tipos de soluciones extrajudiciales mencionados.

En las normas que acabamos de citar se pone de manifiesto que antes de que se ponga en ejercicio el poder jurídico de accionar, mediante la admisión de la demanda, debe intentarse el acuerdo, la solución amistosa; que antes que la exigencia del cumplimiento riguroso de la ley, se deje a la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados la posibilidad de arreglo, de llegar a un acuerdo concertado de sus posiciones supuestamente enfrentadas⁶. En todo lo que corresponde, pues, al ámbito privado, dispositivo, de los sujetos del ordenamiento canónico, antes está la norma pactada, que surge desde las propias declaraciones de la voluntad, que el imperio de una ley que no engendra un *ius cogens*⁷.

6. Respecto a la tutela jurídica de los actos procedentes de la autonomía de la voluntad, cfr. E., MOLANO, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974.

7. C. DE DIEGO-LORA, *Medidas pastorales y separación conyugal*, en «Estudios de Derecho Procesal canónico» (IV. Función Pastoral y Justicia), Pamplona 1990, p. 133.

3. *Máximo respeto a la iniciativa procesal de parte y nuevos cauces de acción pastoral*

En definitiva, podemos afirmar, con carácter general, que el espíritu que anima al legislador canónico no es el de la litigiosidad, sino el de la pacificación previa, el de la *conciliación* entre aquellas personas que puedan verse procesalmente enfrentadas. El ordenamiento jurídico-canónico manifiesta, sin duda y no podría ser de otra forma, el máximo respeto a la iniciativa procesal de parte, pero al mismo tiempo no deja de expresar y promover de diversas maneras una actividad previa de pacificación y reconciliación, en la que se compromete a los propios fieles, exhortándolos al perdón, si es posible, y si no a la pacificación derivada de un acuerdo conciliador nacido de una disposición personal tendente a la conciliación y no a la contienda o confrontación procesal, máxime cuando de estos litigios pueden derivarse daños, difícilmente reparables, tanto para el matrimonio como para la familia⁸.

Se trata de posibilitar, previamente al nacimiento del proceso, una actuación pastoral de la Iglesia⁹. Pero esa obligación que, por precepto canónico (cfr. c. 1446 y conexos), recae de forma específica sobre los obispos¹⁰ y jueces, no quiere decir que ésta se haya de afrontar personalmente por ellos, debiendo asumir de modo directo esa tarea pacificadora y reconciliadora. Más, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que el juez podría verse involucrado en los intentos de reconciliación hasta tal punto que, si éstos resultaran finalmente fallidos, el mismo juez podría verse en una difícil situación personal cuando posteriormente tuviera que actuar con su potestad judicial, por falta de suficiente imparcialidad y/u objetividad, a pesar de no incurrir estrictamente en los supuestos legales de inhibición y recusación de los cc. 1448-1449.

El contenido del c. 1695, obliga a la autoridad pastoral a que adopte por sí misma —o mediante el juez al que va dirigido el precepto, si bien haya que entenderse en relación con lo que dispone el c. 1446 § 1— o por delegados suyos, una actitud que les lleve a emplear medios pastorales

8. Cfr. Las normas del Libro VII del Código de Derecho canónico.

9. C. DE DIEGO-LORA, *Función pastoral y separación de los cónyuges*, en «Ius Canonicum» XIII (1973), pp. 259-284.

10. Es particularmente vinculante para los Obispos, no sólo por su especial responsabilidad en materia judicial, sino también por razón de su oficio pastoral en general.

cerca de los cónyuges para que se reconcilien y restablezcan la comunidad conyugal. Es evidente que el Código impone a obispos y jueces un específico deber —de naturaleza no jurídica sino pastoral—, pero también lo es que no precisa ni impone los medios pastorales concretos para realizarla. Sin embargo esta tarea pastoral no puede faltar: la disposición contenida en el c. 1695, en relación con lo que dispone el c. 1446, no es más que un aspecto específico de esa amplia acción pastoral, sancionada por los cc. 1063 al 1073 y que siguen las directrices del Concilio Vaticano II y de *Familiaris Consortio*. Sería interesante, sin duda, desgranar aquí los contenidos jurídico-pastorales de los cánones 1063 al 1073, así como los de la legislación particular que, a tenor del c. 1064, se encomienda al Ordinario del lugar, y ver la importancia que tiene esta asistencia a los novios y a los casados en orden a hacer posible un desarrollo adecuado de la alianza matrimonial; pero esto excede el objetivo de estas páginas.

En definitiva, y en lo que a nosotros interesa, compete a los Obispos y, en su caso, a los jueces, establecer los cauces para llevarla a cabo. ¿Qué cauces? Aquellos medios que, guardando la *aequitas* canónica y teniendo en cuenta el principio canónico de *salus animarum* que debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia, sean aptos para que la labor conciliadora, en cada hipótesis concreta —tan singular como irrepetible en el *iter* de cada matrimonio y de cada familia—, se realice y alcance el éxito deseado si es posible.

4. *El recurso a la mediación familiar como método auxiliar de los procesos canónicos sobre causas matrimoniales*

El deseo de evitar litigios entre los fieles, es, como acabamos de exponer, constante en el legislador canónico. Pero ¿qué hacer ante la desavenencia o conflicto conyugal? Todo lo posible por unir a los cónyuges y, si esto resulta imposible, separarlos. Pero no precisamente en virtud del proceso, que, en definitiva, ninguna paz proporciona, aunque la sentencia sea justa. Cuando se trata del tema del matrimonio, lo que importa es, sin duda, resolver el problema inmediato, pero no destruyendo jamás la posibilidad de soluciones futuras. Hay que mirar el matrimonio como institución que puede seguir realizándose en un posible futuro. Hay que mirar siempre que esa comunidad familiar pueda un día restaurarse y no ahondar en la fosa que ya separa a los cónyuges.

La dificultad para prevenir o la incapacidad para atender los problemas surgidos entre los cónyuges, podría resolverse si en la propia organización pastoral de la diócesis funcionara, con profesionalidad y eficacia, un servicio de asistencia a los fieles que se hallan en situación de riesgo o inmersos en un conflicto matrimonial. ¿Por qué no concebir dentro de la jurisdicción de la Iglesia una institución ejemplar: órganos especializados, imaginativos, con el auxilio de profesionales de diversa procedencia: juristas, psicólogos, psicopedagogos, etc.? No debemos seguir anclados en viejos esquemas de prevención y resolución de conflictos. La resolución de conflictos matrimoniales es en la Iglesia no sólo un tema meramente legal. Es una grave responsabilidad de importantes y graves consecuencias pastorales.

Entre los medios, aunque no los únicos, para conseguir este fin, el legislador en el c. 1446 —además de indicar a los sujetos inmediatos de ese deber— prevé también un amplia gama de posibles intervenciones en esta dirección, como: la exhortación al perdón, ayuda para buscar de común acuerdo una solución equitativa de la controversia, indicación de los medios idóneos para ello, un eventual recurso a la mediación de personas graves, etcétera¹¹.

Al proponer la *mediación* como método auxiliar de los procesos canónicos sobre causas matrimoniales, debemos recordar y subrayar un principio fundamental, sancionado en el c. 1715 § 1: no cabe hacer válidamente transacción o compromiso sobre lo que pertenece al bien publico ni sobre otras cosas de las cuales no pueden disponer libremente las partes; este canon contiene, como afirma Rodríguez-Ocaña «disposiciones de *ius cogens*, es decir, se dan normas que deben ser observadas (...), incluso por encima de las que, a tenor del c. 1714, pudieran establecer las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad que les reconoce el CIC»¹². Por tanto, no cabrá mediación *sobre* la separación, la nulidad o sobre la disolución del vínculo, como objeto litigioso, sino con carácter *previo* o *junto* a las mismas.

11. Con la expresión «personas graves», entendemos que el CIC pretende subrayar que la mediación debe encomendarse a personas que reúnan las características de seriedad y prestigio personal, capacidad profesional, imparcialidad, confidencialidad y neutralidad que la responsabilidad y desempeño de ese oficio requiere.

12. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario al canon 1715*, en «Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico», vol. IV/2, Pamplona 1996, p. 2045.

Antes de nacer la instancia judicial (c. 1517), es decir, antes de nacer la relación procesal; y aun en momento anterior, antes de aceptar el juez la causa; e incluso, durante la tramitación de la causa, sí cabe todo intento de mediación conciliatoria, siempre que el convenio al que se llegue no atente a la esencia del matrimonio y a los derechos de la familia y tenga por objeto: la reconciliación y restablecimiento de la comunidad conyugal o los bienes sobre los que las partes pueden disponer.

El recurso a la mediación, como método de resolución de conflictos, responde a la autonomía de la voluntad de las partes que, pudiendo disponer de sus bienes, deciden poner fin a la controversia que les enfrenta. La voluntad, que de este modo reconoce el Derecho, no es una voluntad cualquiera. Sería verdaderamente admirable, entre juristas, pensar que cualquier significado al uso de la calle es válido para comprender la acepción de voluntad que expresa el principio de autonomía de la voluntad. Siempre que el derecho reconoce la libertad y la autonomía privada está, por definición, reconociendo la libertad para comprometerse, para establecer una obligación, un vínculo que origina derechos y deberes. La voluntad del principio de autonomía privada es la voluntad capaz de comprometerse o vincularse, la voluntad jurídica. Al hablar del principio de autonomía de la voluntad privada nos referimos, en concreto, a la voluntad que crea vínculos y se autosomete a los derechos y deberes derivados de su ejercicio. Por tanto, es en base a esa «autonomía de la voluntad» por lo que cabe admitir, sin ningún reparo, la mediación en el ámbito de las causas matrimoniales canónicas, de acuerdo con las advertencias previamente realizadas.

5. Conciliación, mediación y arbitraje. Distinción de figuras afines

La intervención de una tercera parte, neutral, en el desarrollo de una negociación se refiere, generalmente, a tres modos de resolución de conflictos: conciliación, mediación y arbitraje.

Conciliación y mediación hacen referencia a dos situaciones afines, pero teóricamente distintas. La conciliación define una función menos activa por parte del tercero: consiste en juntar a las partes en unas circunstancias y en un ambiente más propicio para una discusión más

serena en busca de un acuerdo. La responsabilidad del conciliador se satisface, en términos generales, con facilitar las relaciones y la comunicación entre las partes.

La mediación define una función que comprende a la anterior pero que le añade una parte más activa al mediador: puede intervenir en las discusiones, hacer sugerencias y propuestas e incluso formular recomendaciones con vistas a un acuerdo. El mediador debe valerse de la persuasión, puede sugerir, exhortar, e incluso recomendar, pero a las partes les queda siempre el derecho de decir que «no» a uno, a la mayoría e, incluso, a todos los puntos de la negociación. El mediador es, pues, un tercero, al servicio de las partes enfrentadas, que son las únicas que pueden resolver el conflicto. Este *status* comporta, precisamente, la exigencia de neutralidad e imparcialidad del mediador y la confianza que merezca, el mediador, a las partes que intervienen en el conflicto.

En el caso del arbitraje, las partes enfrentadas se someten al juicio de una tercera persona, para resolver su caso. El árbitro goza entonces de todo el poder para formular una decisión que tiene fuerza de ley y las partes deben acatarla.

Solamente la negociación, la conciliación y la mediación, como fórmulas de resolución de conflictos matrimoniales y familiares ofrecen, para nosotros, un gran interés, toda vez que definen situaciones de conflicto cuya solución está en manos de las partes adversas y deriva de la interacción entre ellas.

No olvidemos que siempre puede resolverse, en favor de la continuidad de la convivencia conyugal, por la reconciliación de los cónyuges, gracias al buen oficio conciliador de los Pastores de la Iglesia, actuando por sí mismos, o sirviéndose de la experiencia y buen oficio de los jueces (cfr. c. 1695), o por la mediación de otras personas en las que se delegue para que con sus consejos, asistencia y orientación, consigan de los cónyuges la reconciliación deseada (c. 1446 § 2).

Por último, conviene advertir que el estudio de la conciliación, de la mediación, debe llevar a plantear y analizar con rigor sus objetivos y límites, su metodología, las condiciones para su aplicación, el *status* y profesionalización de los mediadores, los requisitos y cuantos elementos otorguen de mínimas garantías esa intervención, más allá de una difusa

conciencia asentada en un voluntariado repleto de buenas intenciones que, de seguro, no va a durar eternamente.

Si como juristas debemos ahondar en cuantas vías impliquen desarrollo de un conflicto y los medios para alcanzar la protección y tutela de quienes las solicitan, éste es un campo sin abono en el que debemos comenzar a sembrar nuestras semillas, necesarias para no caer en un subpoder, subterráneo, sin garantías, que lleve a los sectores más débiles a un viaje sin retorno.

III. ACERCA DE LA SEPARACION CANÓNICA POR AUTORIDAD PROPIA Y POSTERIOR RECURSO, EN SU CASO, A LA SEPARACIÓN JUDICIAL CONSENSUAL EN EL ÁMBITO CIVIL

Frente al desbordante interés —basta consultar la bibliografía existente— de la doctrina canónica por las causas de nulidad, e incluso de disolución, del matrimonio, esa misma doctrina, a la hora de estudiar la problemática de la separación conyugal, despacha el tema —permítanme la exageración— con la siguiente afirmación: las causas de separación son competencia de la jurisdicción civil; la tramitación en el fuero canónico de las causas de separación es excepcional y carece de interés, ya que sólo sirve en el orden de la conciencia, por lo que hace al derecho-deber de vivir juntos. Una sentencia canónica de separación nunca obtendrá virtualidad civil. Aparte de lo dicho, se afirma, la Iglesia carece de medios coercitivos eficaces para exigir que los casados canónicamente acudan a los Tribunales eclesiásticos en materia de separación; sin embargo, respecto de la disolución y la nulidad, cuenta con un medio coercitivo que a veces se muestra eficaz: impedir las válidas nupcias canónicas mientras la disolución o la nulidad no consten expresamente en el fuero eclesiástico.

Esas afirmaciones ¿no suponen una minusvaloración —no siempre imputable a los cónyuges— del sentido jurídico y pastoral que debe informar la solución de las diferencias y conflictos conyugales?

Ni la esencia del matrimonio, ni el negocio jurídico matrimonial en cuanto negocio jurídico matrimonial, ni el vínculo matrimonial en cuanto tal, ni los fines del matrimonio, ni las propiedades esenciales

(unidad e indisolubilidad) que son inherentes al vínculo, ni el conjunto de derechos y deberes conyugales que constituyen el contenido esencial de la relación jurídica matrimonial, ni el desarrollo de la vida matrimonial, etc., son efectos y menos aún efectos del matrimonio.

1. *La separación por autoridad propia*

La separación conyugal —conviene insistir— no es una relajación del vínculo matrimonial creadora de un estado intermedio entre la plena validez y la disolución o nulidad del matrimonio. En la separación el vínculo pervive con la misma fuerza que en todas las formas posibles de normalidad matrimonial.

El derecho a la separación es algo, sin duda, propio del cónyuge inocente. Ese derecho a la separación tiene una naturaleza privada y privadamente puede ejercitarse, sin necesidad ninguna de la autoridad pública. En el ordenamiento canónico la separación por autoridad propia constituye un verdadero estado jurídico de separación, que si cumple los requisitos exigidos, es un modo de separación tan legítimo como lo es la separación judicial o administrativa (cfr. cc. 1152 y 1153). Las causas excusantes del deber de convivencia han de ser moralmente ciertas y tan graves que por ellas la comunidad de vida y amor en vez de amorosa unión, resulte una situación de injusticia, al menos para uno de los cónyuges.

La separación por autoridad propia —en las circunstancias previstas por el CIC— no es sólo una separación de mero hecho moralmente lícita, sino una verdadera especie de separación de derecho, de *efectos parciales* (adquisición de cuasi-domicilio, imposibilidad de ser demandado por abandono malicioso, etc.) y de *carácter provisional*, es decir, subordinada a un control de la autoridad competente.

Nada parece impedir, ni moral ni jurídicamente, que esa separación por autoridad propia sea objeto de una decisión consensuada entre los cónyuges. Los cónyuges, ante una situación de crisis matrimonial, de grave dificultad de vida en común (cfr. c. 1053) y no deseando provocar una ruptura definitiva, pueden legítimamente decidir de mutuo acuerdo concederse un tiempo para, alejados de la convivencia diaria, ver la posibilidad de superar los problemas que les distancian o hacen imposible o

demasiado dura la convivencia matrimonial, a fin de restaurar la vida en común en un futuro más o menos próximo. Se trata de una separación tan legítima como la judicial o la administrativa; y, como hemos señalado, de un verdadero *estado canónicamente legal de separación*.

En cuanto al fuero interno, no puede ponerse en duda la legitimidad de la separación por autoridad propia; sin embargo, en cuanto al fuero externo, es incontestable que esta separación privada no produce efectos jurídicos.

Pero, ¿si lo produce en el fuero interno qué inconvenientes hay para que los produzca también en el fuero externo? ¿El único inconveniente es la carencia de una constatación pública? Pues bien, si ése es el inconveniente, cuando esa constatación pública se registre de algún modo legítimo y sea conservada en algún archivo público eclesiástico, que ofrezca todas las garantías que la autenticidad documental reclama, ¿por qué no va a alcanzar eficacia jurídica externa el ejercicio de un *ius* otorgado por el orden jurídico positivo (cfr. cc. 1152 y 1153), y cuyo ejercicio, en el ámbito de la autonomía privada, ya produce efectos en el fuero interno, conforme al sentir de la doctrina canónica?

En definitiva, tanto la decisión unilateral de separación como la convencional resultan legítimas si se producen en base a las causas establecidas por los cc. 1152 y 1153. La separación convencional debe ser factible en el ámbito jurídico privado y siempre que el convenio de separación se haga constar en escritura pública, señalando la causa legítima de separación, es decir, el concurrir la causa de los cc. 1152 y 1153. La separación convencional, así constatada públicamente, debe producir efectos en el fuero externo en el ámbito jurídico canónico. Esto no quiere decir que tales efectos se produzcan también en el ámbito jurídico civil, pero por que aquí juegan otros condicionamientos, unos de derecho concordatario y otros de derecho civil interno.

La separación convencional canónica, en sede canónica, sólo podría darse con plenitud de efectos jurídicos en la medida que lo convenido y la causa del acuerdo respondan a las exigencias de los cc. 1152 y 1153. Y su constatación pública se realice de tal manera que quede acreditada auténticamente ante la sociedad eclesiástica. Se trataría siempre, por tanto, de una separación de cónyuges ajustada a la ley, si bien alcanzada por vía convencional.

Lo que se ha afirmado anteriormente ha de entenderse sin perjuicio de la exigencia de que siempre para que esa separación produzca efectos jurídico-canónicos, tenga que ser refrendada por un decreto del Ordinario o de la autoridad judicial eclesiástica a la que se atribuya esa competencia. Tal decreto opera como homologación del acto unilateral de decisión o de la convención alcanzada, sancionándose tales actos jurídicos tras comprobarse, de un modo muy simple —que no debería exceder de una comparecencia de los cónyuges— que la separación cubre todos los requisitos legales exigidos para su legitimidad, y que, caso de ser convencional, los pactos establecidos son conforme con la ley natural y canónica y respetuosos del orden público eclesiástico.

¿Por qué la exigencia jurídica irrenunciable y la conveniencia social de la homologación? No es sólo porque la decisión que los cónyuges adopten ofrece una gran importancia para la vida de la Iglesia, en su dimensión de depositaria y administradora del sacramento del matrimonio, sino también por las preocupaciones de la Iglesia por el alma de sus propios fieles. La preocupación por la *salus animarum* ilumina siempre toda la actividad de la Iglesia. La separación arrastra una serie de consecuencias, y algunas muy graves para los propios cónyuges, para los hijos y familiares, de ejemplaridad incluso para aquellos *christifideles* que componen el entorno social de los cónyuges separados.

El recurrir y necesitar los esposos, para alcanzar la separación, la intervención de la Iglesia, permite a los Pastores mediar. Éstos, por sí mismos, o por persona interpuesta, pueden procurar una influencia pacificadora cerca de los cónyuges. Les pueden mover, antes de dictar el decreto de separación, a que adopten una actitud de renuncia, a que recurran al perdón, al arrepentimiento del culpable, etc. Hacer factible el retornar al acuerdo y la vida en común y que se restaure la paz entre los esposos en conflicto, haciendo posible la vida conyugal y la de toda la familia en paz.

2. *Separación por autoridad propia y separación de hecho en el ámbito civil*

Esta separación privada, por autoridad propia (cc. 1152 y 1153) y de mutuo acuerdo, es formalmente una separación consensual no judicial. Esta clase de separación, en el ámbito del ordenamiento civil, sería

calificada como una separación de hecho. Por separación de hecho se reconoce, en el ámbito civil, a aquella separación que se acuerda libremente por los cónyuges, plasmada o no en documento privado o público.

Es *consensual*, porque debe mediar el acuerdo entre ambas partes de llevar a cabo la interrupción de la convivencia conyugal, cualesquiera que sean las causas que la motiven, la expresen documentalmente o no. Y es *no judicial* porque se hace fuera de los cauces normales de los procedimientos establecidos en los ordenamientos civiles.

A estos efectos conviene recordar que siendo el matrimonio una institución de carácter público, la separación privada —plasmada o no en documento privado o público— no tiene trascendencia jurídica frente a terceros. Y por tanto, la eficacia de esta separación frente a terceros es mucho más limitada que la judicial, por ejemplo: no supone la disolución de la sociedad patrimonial —salvo que se acuerde en documento notarial—, no puede anotarse en el registro civil, ni en otros Registros públicos; no pueden solicitarse la ejecución judicial de los acuerdos asumidos privadamente por los cónyuges, etc.

El reconocimiento pleno de esa separación requiere —tanto en el ámbito del ordenamiento canónico como en el ámbito del ordenamiento civil— la intervención de la autoridad competente (vía judicial o vía administrativa), por medio de la correspondiente sentencia o decreto y consiguiente inscripción registral.

Aunque la separación sea privada y de mutuo acuerdo, supone una conmoción en todos los órdenes para los esposos, también incide profundamente en la situación de hecho familiar, cuyo equilibrio funcional —y el de las relaciones personales y jurídicas nacidas de ella—, se ve afectado, aunque sea de hecho, con la misma o mayor intensidad.

Bajo la nueva situación resultante de la crisis matrimonial, que obviamente ya no es la anterior a la separación privada, va a ser preciso encontrar un nuevo equilibrio funcional que pueda dar satisfacción a los intereses (conyugales, familiares, paterno-filiales, patrimoniales, etc.) en juego; equilibrio que ya no puede ser idéntico al que había antes de la crisis. La prudencia aconseja que los cónyuges que opten por una separación privada —no sólo por alejamiento circunstancial, sino con el ánimo de romper la comunidad de vida aunque sea provisionalmente— forma-

licen en documento privado o público los términos de ese nuevo equilibrio funcional: guarda y cuidado de los hijos; régimen de visitas; cuestiones patrimoniales; etc. Esto es, procedan a formalizar un convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, como marco funcional para la nueva situación familiar provocada por el acuerdo de separación.

Para la elaboración de ese convenio y en defensa de la libertad negocial y de los intereses de las partes y de sus hijos y para evitar cualquier arbitrariedad o abuso de poder, que más que poner las bases de una posible reconciliación, indispusiese definitivamente a las partes, es prudente recurrir a profesionales de reconocido prestigio para que medien o ayuden a los cónyuges en la negociación de los términos de ese convenio. Acerca de la mediación y de la negociación como medios para la resolución de conflictos nos ocupamos en el epígrafe siguiente.

Los cónyuges católicos, ante una situación de crisis matrimonial pueden recurrir a la separación por autoridad propia, como medida provisional. Establecer un convenio privado para regular su situación durante esa etapa provisional. Y pueden solicitar la separación por vía administrativa, y adquirir el estado jurídico de separación canónica.

En los casos de separación concurren efectivamente problemas jurídicos, derechos infringidos, pero las posibilidades de perdón, y de rectificación, por parte de los cónyuges, es una posibilidad siempre presente. Toda separación no es por definición definitiva, siempre cabe la conciliación, la reconciliación y la restauración de la vida en común.

Si a pesar del sincero esfuerzo de los cónyuges, no es posible o aconsejable la restauración de la vida conyugal, entonces, para elevar esa separación *privada* a separación judicial con plenos efectos civiles, bastará con que se presente demanda de separación de mutuo acuerdo ante el órgano jurisdiccional competente, lo que, de hecho, vendría a ser una homologación judicial de la previa separación privada, pero legal, canónica.

Es más, si los cónyuges hubiesen instado y obtenido la separación vía administrativa en el fuero canónico, ¿ese decreto canónico de separación no tendría de hecho efectos civiles, aunque fuese de modo indirecto al instar ante el órgano civil competente la separación adjuntando el acuerdo de separación previamente decretado por la Iglesia? No se tra-

taría de una manipulación o de un fraude de ley, en la misma medida que se observarían todos y cada uno de los requisitos exigidos por la legislación civil.

3. *¿El futuro de los llamados sistemas matrimoniales?*

La actitud restrictiva de algunos ordenamientos respecto a las formas de matrimonio admisibles para la producción de efectos civiles sorprende, sobre todo en un momento en el que la evolución del derecho occidental experimenta un doble y paradójico proceso, que apunta por un lado, hacia una privatización creciente de la relación matrimonial, y por otro lado, hacia la publicitación de otras relaciones calificables como paramatrimoniales (uniones libres), con una tendencia a equilibrar sus efectos jurídicos. En este contexto el reconocimiento civil de las formas de matrimonio de las principales confesiones, es decir de aquellas notoriamente implantadas, no parece que constituya hoy una traición a la laicidad, sino más bien otorgarle el contenido positivo que viene hoy confiriéndose a este concepto. Contenido que apunta más a la valoración adecuada de los intereses confesionales como uno de los bienes del espíritu en el contexto social, que no el de comprimirlos extramuros del derecho civil¹³.

La actitud restrictiva de los ordenamientos a reconocer efectos civiles a las sentencia de los Tribunales eclesiásticos no deja de sorprender, dados los procesos de *desjuridificación* y de *desjurisdiccionalización* del matrimonio, a los que hemos hecho referencia en páginas anteriores. Se apuesta por una mayor autonomía de los cónyuges y una menor profesionalización de los Tribunales y en cambio, se restringe la libertad de los cónyuges católicos en orden a determinar el ámbito procesal más adecuado para resolver su conflicto conyugal y su posterior reconocimiento a los efectos civiles oportunos.

El futuro que anuncia aquella evolución exige repensar los términos de la relación Iglesia-Estado en todo lo referente a la competencia sobre el matrimonio, desde una más profunda y mejor comprensión del *ius connubii*. Al repensar el concepto de sistema matrimonial en un ordenamiento basado en los derechos fundamentales de la persona, es nece-

13. Cfr. R. NAVARRO VALLS, *op. cit.*

sario observar, por una parte, que ciertas libertades y derechos fundamentales —por ejemplo, libertad religiosa, ideológica y de creencias— no pueden verse conculcadas mediante el establecimiento de una regulación del matrimonio que imponga a todos los ciudadanos un único modelo de matrimonio ya sea de inspiración religiosa o de inspiración ideológica. Este límite tampoco se respeta mediante el sistema de que el Estado suministre un único y posible modelo de matrimonio —el civil— de inspiración ideológica laica y no confesional. Ambas pretensiones son abusivas, porque extrapolan la verdadera naturaleza del ser real del Estado, y permiten que bajo una abstracta entidad se esconda la ideología de instituciones o de personas físicas concretas, con pretensión de ser impuestas a todos los ciudadanos al margen del respeto debido a los derechos y libertades fundamentales antes mencionados¹⁴. Y, por otra, que la eficacia civil que, cumplidas ciertas condiciones, pueden tener las resoluciones canónicas de separación, nulidad y disolución del matrimonio, no parece que puedan vulnerar el principio de unidad jurisdiccional, ni tampoco la tutela judicial efectiva en un sociedad democrática avanzada, respetuosa con los derechos fundamentales de la persona, pues los contrayentes casados canónicamente —o en otra forma confesional— pueden libremente acudir a los Tribunales civiles en demanda de nulidad, separación o divorcio.

IV. PROYECCIÓN CONTENCIOSA O CONSENSUADA DE LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO O CRISIS MATRIMONIAL

Gran parte del sistema legal refleja la creencia general de que sólo a través de una confrontación de opiniones surge la verdad. La educación legal de nuestra sociedad, en consecuencia, parece estar basada más en los métodos litigiosos que en la resolución del conflicto y en el desarrollo de habilidades para hacerlo.

Los abogados parecemos más entrenados para el litigio que, por poner algún ejemplo, para las estrategias de reconciliación, de media-

14. Cfr. J. ESCRIVÁ IVARS, *El sistema matrimonial español. Eficacia civil de los matrimonios confesionales*, en *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Ed. Colex, Madrid 1996, pp. 327-360.

ción, de negociación, etc. ¿Se educa, en las Facultades de Derecho, a los estudiantes en la resolución de conflictos y en el desarrollo de habilidades para hacerlo? Aquella creencia y entrenamiento nos puede llevar más a un enfoque de resolución de disputas basado en vencer a la otra parte —método de la confrontación, utilizado normalmente en y ante los tribunales y demasiado frecuentemente en las negociaciones— que a tratar de vencer el problema.

La profesión legal ha sido, hasta hace muy poco, escasamente original (permítasenos esta, sin la menor duda, injusta generalización) en la resolución de conflictos: se ha recurrido al litigio como si éste fuese el único procedimiento disponible. Sin embargo, durante las últimas décadas estamos asistiendo a un cambio en la percepción de los procedimientos de resolución de disputas. Los abogados han empezado a darse cuenta de que el modelo de la confrontación les deja una única herramienta en sus manos, lo que puede recordarnos el refrán: «si tu única herramienta es un martillo, todo parece un clavo». Todos los problemas de sus clientes empiezan a parecer clavos, al ser el martillo de la confrontación el único enfoque.

Pero el caso de cada cliente es único y tener una caja de herramientas llena de diversos instrumentos de resolución de disputas se ha convertido en una necesidad en la práctica de la «buena abogacía». Diagnosticar correctamente el caso y adecuarlo al proceso de resolución de conflictos más apropiado (conciliación, mediación, negociación, arbitraje, litigio, etc.) se ha convertido en una habilidad valiosa para enfrentarse de la mejor manera posible a las necesidades reales de las personas.

1. *Los tribunales no deben ser «el primer recurso», sino «el último recurso» para la resolución de conflictos familiares*

Los tribunales no deben ser los lugares donde comience la resolución de las conflictos. Deben ser los espacios donde éstos finalicen, después de haber examinado e intentado otros métodos de resolución de disputas. No se trata, evidentemente, de sustituir el sistema de justicia. Sino de reservar para los tribunales de justicia aquellos temas para los

cuales están más capacitados y evitar los problemas que se generan respecto de asuntos que no necesitan, en principio, de sus especiales condiciones.

Cicerón decía que el espíritu litigioso se encuentra más a menudo en la ignorancia que en el conocimiento del Derecho. Los buenos profesionales han tratado siempre de prevenir los conflictos y ante las disputas han buscado soluciones no litigiosas, siempre al amparo de la ley; pero cuando ello no es posible, como es lógico, han asumido que los tribunales son los resolutores naturales y obvios de los conflictos.

Especialmente en tema de crisis o disputas conyugales y familiares, los tribunales de las diversas jurisdicciones (civil o canónica) no deben ser considerados como «el primer recurso», sino como «el último recurso» de resolución de conflictos.

2. Proyección consensuada o contenciosa del conflicto en causas de separación

A. ¿Qué hacer ante la desavenencia o conflicto conyugal?

Sin perjuicio de los derechos de los cónyuges y de los menores a su cargo, todo lo posible para no distanciar más a las partes en conflicto. Intentar la reconciliación y, si ésta resultara imposible, proceder a la separación. Pero, si es factible, no en virtud del recurso a la separación judicial litigiosa. La solución convencional, en caso de no haberse podido evitar la separación, es siempre la deseable. Cuando se trata de temas que afectan al matrimonio y la familia, lo que importa es, sin duda, resolver el problema inmediato de las personas, pero nunca destruyendo la posibilidad de un marco pacífico de relaciones y soluciones futuras.

No debe olvidarse el hecho de que en los litigios familiares se hallan siempre implicadas personas que, por definición, están llamadas a mantener relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo, sobre todo si hay hijos. Hay que mirar, pues, el matrimonio y la familia como institución que puede seguir realizándose en un posible futuro. Hay que mirar siempre que esa comunidad familiar pueda un día restaurarse y no ahondar en la fosa que hoy separa a los cónyuges.

B. *En cuestiones de familia no podemos permitirnos el lujo de dejar más heridas abiertas o ir abriendo fuentes de lucha a cada paso*

La experiencia nos demuestra, por una parte, que es en las causas de separación, como primera solución legal a la crisis matrimonial, donde puede presentarse la mayor conflictividad. Sobre todo si las partes buscan resolver sus diferencias por la vía contenciosa. Por otra parte, no cabe olvidar que es precisamente en esta primera solución legal al conflicto donde, habitualmente, se plantea por primera vez la necesidad de elaborar las normas que van a intentar objetivar y delimitar las tareas y responsabilidades de cada uno de los padres respecto de los hijos; el conjunto de responsabilidades económicas de los cónyuges; la atribución y uso de la vivienda familiar; etc. Esto es, el llamado *convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales*.

Como es sabido, todo proceso se inicia por el acto de pretensión formulado ante el órgano jurisdiccional competente. No puede haber juez que provea sin actor que pida o acuse. Esa pretensión es siempre un acto formal de queja dirigida al órgano jurisdiccional; pero no es un acto de queja contra el órgano jurisdiccional, sino frente a la contraparte. La contraparte es el otro cónyuge y las causas que justifican la separación, tal como están formuladas en el Código de Derecho Canónico —o en su caso en el Código civil—, consistirán siempre en una *iniuria* que un cónyuge dice haber padecido del otro. El demandado, o tratará de negarla o procurará imputarle al demandante la culpa de la situación originada, acumulándose después, cada vez que se producen nuevas alegaciones, nuevas recriminaciones mutuas, acusaciones recíprocas, unas veces fundadas otras no. Así se va incrementando el disentiimiento entre las partes en conflicto, cuando no aparece el odio. Luego vienen las pruebas, tema delicadísimo por el que se intenta poner de relieve esa injuria recibida. La intimidad de la vida conyugal y familiar suele quedar vulnerada y publicada, los cónyuges con frecuencia se sienten humillados, e incluso resentidos el uno contra el otro. En cuestiones de familia no podemos permitirnos el lujo de dejar más heridas abiertas o ir abriendo fuentes de lucha a cada paso.

Como abogados sabemos que el litigio genera tensiones y estrés, y que muchas veces es frustrante, caro y desfavorable para los litigantes. El litigio, en la práctica, supone siempre un enfrentamiento, y no sólo lo

supone, sino que, si los litigantes están realmente en contradicción, el proceso exacerba el desacuerdo, a la vez que acrecienta el enfrentamiento personal entre los cónyuges y demás familiares. El contencioso sólo nos ayuda a evitar la violencia, es decir, nos ofrece una solución pacífica al eliminar la coacción física o moral, llámese venganza o ley del más fuerte. Pretende situar en un mismo plano jurídico a aquellos que, fuera de él, o no encontrarían legalmente la solución justa a su controversia, o sólo querrían hallarla mediante el logro de sus propias aspiraciones, por el medio que estimaran más conveniente para alcanzarla, incluso recurriendo a la fuerza. El proceso, en definitiva, intenta situar en un plano de igualdad a las partes en conflicto a fin de que un órgano independiente de ellos, con la autoridad de la ciencia del Derecho y la fuerza de la Ley, decida en justicia su controversia.

Por otra parte, también la experiencia nos demuestra que el grado de conflictividad, enemistad o amistad, de los cónyuges a la hora de abordar —siempre que exista causa— nuevas soluciones a su conflicto matrimonial (la nulidad o disolución del matrimonio), vendrá muchas veces determinado por el modo consensuado o contencioso en que se haya resuelto la separación y la forma y responsabilidad con la que los cónyuges hayan aplicado las estipulaciones del convenio regulador de su separación.

Y es que, de una incorrecta aplicación de las estipulaciones del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, de la imprevisión de las partes o del arbitrio de los jueces en esta materia y/o del sistemático incumplimiento del mismo por parte de los cónyuges, surgen nuevos pleitos, complicándose más aún las relaciones entre los cónyuges, dificultando, incluso y en su caso, el legítimo ejercicio del derecho de una o ambas partes a instar, si hay causa, la nulidad o disolución de su matrimonio.

C. La confrontación litigiosa no es el único medio para la resolución del conflicto

La solución litigiosa a los conflictos conyugales sólo puede restablecer la paz social, no la paz familiar. Pero la confrontación litigiosa no

es el único medio para obtener la solución del caso concreto en pugna, pues las partes enfrentadas pueden renunciar a su situación conflictiva, para hallar mediante el pacto o convenio la solución pacífica a su controversia.

En la separación convencional intervienen ambos cónyuges, y si se ha llegado a ella hay que pensar que han precedido conversaciones, intentos explicativos por parte de ambos, posibilidades de entendimiento mutuo a pesar del fracaso de la convivencia, etc.; que se ha podido llegar a un entendimiento en orden a determinadas soluciones que, aunque no coincidan con la solución óptima —el mantenimiento en ejercicio y en todo su vigor del contenido de la relación jurídica matrimonial y familiar—, por lo menos, las diferencias iniciales surgidas de la causa que provoca la ruptura no han aumentado, y han permitido encontrar soluciones a las relaciones derivadas del conflicto: la convivencia y relaciones con los hijos, las responsabilidades económicas, la adjudicación del patrimonio, etc.

3. *Proyección consensuada o contenciosa del conflicto en causas de nulidad o disolución canónica del vínculo*

El proceso canónico de nulidad de matrimonio no es un juicio «contra alguien», no es un juicio penal o un proceso de búsqueda de «culpables». La finalidad inmediata de los procesos matrimoniales canónicos es comprobar si existen factores que por ley natural, divina o eclesiástica invalidan el matrimonio, y llegar a dictar una sentencia verdadera y justa sobre la pretendida inexistencia del vínculo conyugal.

Además, nada obsta para que, en su caso, los cónyuges presenten la demanda de nulidad de su matrimonio mediante petición común. Frente al acuerdo o petición común de los esposos, en su caso, actuará el Defensor del Vínculo. En este supuesto, el Ministerio Público contradice y hace las veces de parte, por lo que siempre queda a salvo el contradictorio.

Cuando hablamos aquí de una solución consensuada en causas de nulidad o de disolución de matrimonio canónico, no nos referimos a la transacción ni al compromiso, puesto que afectando el estado de las per-

sonas al bien público estas soluciones no son posibles, entre otras cosas, por expresa disposición del ordenamiento canónico. Nos referimos en concreto al interés de evitar enfrentamientos innecesarios, actitudes dolosas, actuaciones de mala fe, que en nada benefician a la causa y que se pueden reflejar, por ejemplo, en una tramitación dolosa u obstructivista de la contraparte, con graves perjuicios para la parte.

La proyección consensuada del caso no es, por tanto, una manipulación, ni una transacción, ni un compromiso para que una u otra parte renuncie a sus derechos. Se trata, al contrario, de un mejor defender sus derechos. En definitiva, se trata, si es posible, de que una vez «iniciada una causa», las partes no queden más enfrentadas que lo estaban cuando acudieron a la consulta de un profesional en busca de ayuda. Al contrario, hay que procurar que la solución del caso, sea también una solución al posible conflicto o enfrentamiento personal de las partes en litigio.

Para obtener esa finalidad, es de interés abrir la posibilidad de entrevistarse con la otra parte. El abogado puede aparecer ante el tercero en conflicto como un agente de confrontación o como un agente catalizador. Evidentemente la función de la entrevista con la otra parte no debe tener por objeto agudizar el conflicto, sino ayudar a resolver el posible enfrentamiento, bien en lo que se refiere a la causa principal, la nulidad o disolución del matrimonio; bien en lo referente a otros aspectos anejos a dicha cuestión, por ejemplo temas económicos, relaciones con los hijos, etc.

Para resolver de forma consensuada los conflictos no referidos específicamente a la nulidad o disolución canónica del vínculo —por ejemplo, los temas relativos a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos, régimen de visitas, alimentos, etc.— existe el recurso a la mediación o a la negociación; medios de los que nos ocupamos en los epígrafes siguientes.

4. El problema no es el conflicto, sino qué respuesta le damos

Existe una amplia variedad de procedimientos de resolución de conflictos cuando las personas involucradas en una disputa necesitan

ayuda. En estas páginas subrayaremos la mediación y la negociación, pero es importante recordar que existen otras alternativas que ofrecen más o menos control sobre el proceso de resolución de conflictos y sus resultados. La gama de alternativas varía desde la sentencia de un juez hasta la más completa autodirección.

A. *¿Cuál es la estrategia más indicada para mejor resolver un conflicto?*

Cada caso es singular. Como decía León Tolstoi, «todas las familias felices se parecen; las familias infelices son infelices cada una a su modo». No hay recetas mágicas. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que el mejor procedimiento para resolver un conflicto familiar es aquél en el que las partes tratan de vencer el problema, más que a la otra parte. Es aquí donde, por ejemplo, la mediación comienza a dar sus mejores respuestas, porque es un procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una tercera persona (neutral), aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable. Lo cual exige que las partes actúen con lealtad y responsabilidad y asuman voluntariamente el deseo de reformar, reconstruir y alterar el curso natural del conflicto que les distancia. Lo que, entre otras cuestiones, posibilita la reconciliación.

B. *El contencioso fabrica «un ganador». Fabrica «un perdedor»*

Para que alguien gane, alguien debe perder. Como el proceso litigioso puede ser, en cierto modo, una lucha cuyas posiciones tienden a marcar las partes en conflicto, es lógico que pueda en estos casos existir competencia, enfrentamiento, victoria y derrota. Al conflicto inicial que muestran los cónyuges debemos sumarle, en consecuencia, este otro nuevo: el de ganar a cualquier precio, el de obtener el triunfo en este forcejeo, no dejándose vencer por la contraparte. Si esto ocurre, resulta que en aquel primer conflicto se ha insertado otro más, lo que puede desviar la atención y los esfuerzos por resolver o encontrar la mejor solución al problema primigenio u originario del asunto que se nos plantea. Y, en consecuencia, centrarlo en el «ganar» o «perder».

C. *Las posiciones y reacciones de las partes frente al conflicto pueden tender a aumentarlo o a disminuirlo*

Toda acción o reacción negativa provocará una escalada o agudización del problema. Todos sabemos qué reacciones contribuyen a que una situación o problema se agudice: el desconocer y negar cualquier expectativa o necesidad del otro, no escuchar a la otra parte, no tratarlo como un igual, el amenazarlo, el despreciarlo, etc. Por el contrario, la intensidad de cualquier conflicto puede bajar si en lugar de ensañarse con las personas, se focalizan los esfuerzos en el problema y en su posible solución. Por lo general, las personas reconocen la diferencia entre una conducta razonable y una desmedida; entre una actitud agresiva y una conciliadora. Ayudar a las personas a expresar sus sentimientos como desahogo de sus emociones, orientándolos hacia el futuro, logrando una buena disposición para que consideren los intereses y las necesidades de ambos y, en todo caso, de los hijos, así como las posibles soluciones, en el momento adecuado, ayudará a mitigar el conflicto y a encontrar la mejor solución al mismo.

D. *Partiendo sólo de la confrontación es probable que la búsqueda de soluciones se convierta en una tensa competencia de voluntades*

Quizás sea oportuno recordar, a modo de ilustración de lo que acabamos de señalar, la siguiente historia: Dos hermanos peleaban por una naranja. Tan enfrentada y distante era la posición de uno y otro en el modo de resolver el conflicto que decidieron recurrir, mediante su correspondiente representación letrada, a un juez. Finalmente, estudiado el asunto, la sentencia resuelve que la naranja se va a partir en dos partes iguales. Así se hace y se entrega media naranja a cada litigante. El primero recibe su media naranja, la exprime y bebe el zumo, tirando la cáscara a la basura. El segundo, pela la naranja y raya la cáscara para hacer una tarta, tirando a continuación la pulpa.

Si analizamos este caso, veremos que la solución litigiosa del conflicto, resuelto a partir solamente de las posiciones de la partes, no parece que haya derivado en una respuesta demasiado sabia, porque de haberse

conocido los intereses de cada una de ellas (el zumo para beber, para una, y la cáscara para hacer la tarta, para la otra), ambas habrían recibido el doble: la una toda la cáscara y la otra toda la pulpa.

Al no haberse planteado, o haber fracasado, en explorar y conocer los intereses reales que subyacían en las partes en conflicto, era poco probable que se pudiesen descubrir los beneficios mutuos que podían hacer que ambas partes acabaran por estar mejor.

Partiendo sólo de la confrontación es probable que la búsqueda de soluciones se convierta en una tensa competencia de voluntades, en la que cada persona se sienta en la necesidad de aferrarse a sus posiciones u opiniones, insistiendo que éstas y no otras son las únicas correctas o aceptables para ella. Un proceso así, más que facilitar la relación entre las partes puede dañarla.

En sede de causas matrimoniales, hemos escrito más arriba, lo que importa es, sin duda, resolver el problema inmediato de las personas, pero no impidiendo jamás la posibilidad de mantener un marco pacífico de relaciones futuras entre los que hoy se nos presentan como partes enfrentadas. La experiencia demuestra, por ejemplo, que un proceso de separación, de nulidad, o de disolución del matrimonio aunque resuelven un problema de los cónyuges, no garantizan, de modo absoluto, la paz entre los litigantes, aunque la sentencia sea justa.

En este punto conviene recordar, que los abogados que intervienen en causas matrimoniales, sin perjuicio de los derechos que asisten a su representado, deben procurar actuar con prudencia, evitando avivar demasiado una hoguera que ha sido encendida por los mismos cónyuges. Recuerden el film *La guerra de los Roses*, a partir del momento en que la mascota de la esposa muere atrapada por las ruedas del automóvil de su cónyuge, la situación original —el divorcio de los protagonistas— crece en gran escala y de forma destructiva para ambos protagonistas, no importa que la muerte haya sido accidental, la protagonista no lo cree, lo toma como una agresión hacia ella. Su respuesta es encerrar al marido en la sauna, como represalia, hasta deshidratarlo. El esposo, en reacción, no ahorrará esfuerzos en arruinar el banquete preparado por ella, desprestigiándola ante sus futuros clientes... y la interacción continúa.

Muchas veces una de las partes o ambas, no tratan en realidad de defender lo que creen su derecho, sino de desahogar un *animus nocendi*: se hallan movidas por un deseo de venganza o de perjudicar a la parte adversa, de abusar de su derecho. No es necesario entrar aquí en una descripción de toda la casuística de las, en algunos casos, formas *patológicas* de enfrentamiento, que pueden incluso pretender que el abogado falte a la ética profesional. Se trata de subrayar la importancia del adecuado manejo del conflicto por parte de los letrados.

El proceso de separación matrimonial —lo mismo podríamos señalar en relación con los de nulidad o disolución del vínculo— no es un juicio «contra alguien», no es un juicio penal o un proceso de búsqueda de «culpables».

E. *La proyección consensuada del caso no es una transacción ni un compromiso para que una u otra parte renuncie a sus derechos*

La proyección consensuada del caso no es una transacción ni un compromiso para que una u otra parte renuncie a sus derechos. Se trata, al contrario, de un mejor defender sus derechos. En definitiva, se trata, si es posible, de que una vez «iniciados los trámites de la separación o de nulidad o de disolución del vínculo», las partes no queden más enfrentadas que lo estaban cuando acudieron a una consulta profesional. Al contrario, hay que procurar que la solución del caso, sea también una solución al posible conflicto o enfrentamiento personal de las partes en litigio.

El fracaso de muchos mutuos acuerdos, la prolongación litigiosa de los contenciosos no pueden imputarse sólo a las imperfección de la ley o al arbitrio judicial o al manejo de la causa por parte de los abogados, sino que en muchas ocasiones esos fracasos vienen determinados por la entidad del conflicto que se juzga, ya que las razones últimas de estos conflictos, por lo general, permanecen subyacentes y por tanto escapan a la solución judicial. Y es que las disputas familiares no pueden comprenderse totalmente ni modificarse desde fuera

V. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. Introducción

El término «mediación familiar» aplicado al ámbito jurídico puede resultar novedoso para muchos. La mediación es una fórmula alternativa de resolución de conflictos; un tipo de intervención profesional que se presta a los esposos en conflicto en el momento en que se han separado o han tomado ya la decisión de separarse.

La mediación voluntaria es una de las principales alternativas para solucionar conflictos fuera de los tribunales. La experiencia ha probado su eficacia, así como el papel primordial que desempeñan los abogados —y otros profesionales especializados: psicólogos, psiquiatras, etc.— en su aplicación. Bien entendido que si los abogados actúan como mediadores no pueden hacerlo simultáneamente como asesores jurídicos de la partes.

Si bien la mediación familiar, como proceso formal de resolución de conflictos, puede resultar una técnica novedosa, sin embargo, el recurso a la mediación, como técnica *informal* de resolución de disputas familiares no es desconocida. Cualquier abogado con experiencia ha recurrido a esa técnica como modo de solucionar algunos conflictos de Derecho de familia o para negociar el convenio de separación matrimonial de sus clientes, haya llamado o no a esa estrategia profesional mediación. Es más, podríamos afirmar sin miedo a equivocarnos, que en la mayoría de ordenamientos civiles la mediación voluntaria como solución extrajudicial homologable posteriormente por un juez tiene cabida en el Derecho de familia, en especial en el ámbito de la separación y del divorcio; entre otras razones, porque en la mayoría de esos ordenamientos se admite la separación por mutuo acuerdo. Sin embargo, desde un punto de vista *formal*, el recurso y aplicación de esta técnica es reciente. Los países pioneros han sido Estados Unidos y Canadá, a partir de los años 70. En Europa estos programas han empezado a aplicarse más tarde y hoy existen en Inglaterra, Escocia, Alemania, Bélgica, Finlandia, Noruega y Francia, que es el país que más ha legislado al respecto.

Recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha dictado la Recomendación N^o R (98) 1 (adoptada por el Comité de

Ministros el 21 de enero de 1998) exhortando a los gobiernos de los Estados miembros a: instituir o promover la mediación familiar o, si ya se diese el caso, reforzar la mediación familiar existente; y tomar o reforzar cualquier medida que estimen necesaria con el fin de asegurar la promoción y la utilización de la mediación familiar en tanto que mecanismo apropiado de resolución de los litigios familiares.

2. *¿Qué se entiende por mediación familiar?*

La mediación familiar es una forma pacífica de resolución de disputas, que supone la posibilidad de que dos partes en conflicto puedan solventar sus controversias negociando en presencia de una tercera persona neutral —el mediador—, que carece de poder de decisión y cuya misión es facilitar la búsqueda de una salida o solución pacífica al conflicto que enfrenta a las partes. El protagonismo lo tienen de forma inequívoca las personas en conflicto.

Que el protagonismo lo tengan de forma inequívoca las partes en conflicto, no significa que el mediador sea un agente meramente pasivo. Un mero espectador de la negociación entre aquéllas. Lo que se quiere subrayar es que no forma parte del oficio ni de la tarea profesional del mediador la definición autoritaria del nuevo espacio relacional de los miembros de la familia; ni la exoneración, por sustitución, de la responsabilidad de las partes en la toma de decisiones en el diseño de ese nuevo espacio familiar, consecuencia del conflicto.

La función del mediador no es, por tanto, sustituir a las partes sino facilitar la comunicación y la colaboración en la búsqueda de soluciones; ayudar a objetivar los problemas; ayudar a analizar las ventajas, los inconvenientes y, en su caso, las consecuencias de las distintas opciones posibles; ayudar a proponer, en su caso, alternativas viables para que las estudien las partes; poner el acento sobre los intereses de cada uno y de los terceros implicados (por ejemplo, y especialmente, de los hijos); en definitiva, ayudar a ver lo que las partes aisladamente no saben ver o no pueden ver precisamente por estar inmersas en el conflicto.

La mediación, se afirma, comienza cuando las partes transfieren la responsabilidad de resolver una disputa al mediador, y termina cuando el

mediador, devuelve el problema a quienes lo crearon para que éstos encuentren la solución.

La mediación familiar no es sustitución, no es supervisión, no es control, es asesoramiento, impulso y moderación de la negociación entre dos partes en conflicto. La mediación es *sólo* una estrategia, una voz en el concierto de la nueva auto-organización familiar, consecuencia del conflicto.

El recurso por parte de los cónyuges a la mediación supone transitar del recurso a la confrontación judicial (la apelación a una autoridad externa a la familia, el poder judicial, para resolver el conflicto) a un espacio comunicativo que permita recuperar el consenso en la auto-organización de la «nueva situación familiar», consecuencia de la separación de los cónyuges.

La experiencia nos muestra que el fracaso de muchos mutuos acuerdos, la prolongación litigiosa de los contenciosos no pueden imputarse sólo a las imperfección de la ley o al arbitrio judicial o al manejo de la causa por parte de los abogados, sino que en muchas ocasiones esos fracasos vienen determinados por la entidad del conflicto que se juzga, ya que las razones última de estos conflictos, por lo general, permanecen subyacentes y por tanto escapan a la solución judicial.

La mediación es una estrategia de cambio que trata de modificar la situación de las partes en conflicto cuyas lógicas no pueden comprenderse totalmente ni modificarse desde fuera. Por eso no tiene sentido la ilusión de una intervención directa y autoritaria sobre los cónyuges; el cambio sólo es realizable desde sí; otra modificación es siempre poco duradera si no ha pasado a formar parte de la lógica propia de aquél que debía cambiar.

En la mediación se parte de la existencia de un conflicto o problema y se busca una forma de resolverlo que no se base en el enfrentamiento. El proceso de mediación, por tanto, comprende la negociación mediante la previa determinación de los puntos de conflicto, el análisis de las distintas alternativas y la resolución o acuerdo. En este proceso el mediador, entre otras cosas, debe:

- a) ayudar a las partes a objetivar los problemas;

b) facilitar la comunicación entre ellas y, por tanto, también ayudar a resolver o aclarar lo que pueden ser sólo «malentendidos», para que no interfieran la objetivación de los verdaderos problemas;

c) contribuir a analizar las ventajas, los inconvenientes y, en su caso, las consecuencias de las distintas opciones posibles;

d) ayudar a proponer soluciones imaginativas y, en su caso, alternativas viables para que las estudien las partes;

e) poner el acento sobre los intereses de cada uno y de los terceros implicados (por ejemplo, y especialmente, de los hijos) y no sobre las posiciones de las partes;

f) y, finalmente, redactar los acuerdos mutuamente aceptados por las partes.

Esto supone ciertas ventajas frente a la vía legal contenciosa, tales como una mayor rapidez; una intervención directa de las partes en la solución del conflicto; una mayor satisfacción para éstas, puesto que pueden ver mejor satisfechos sus intereses, lo cual puede ayudar a facilitar el cumplimiento de los acuerdos mutuamente aceptados; etc.

El proceso de mediación, entre otras cuestiones, permite:

a) facilitar a los esposos un espacio de comunicación y de colaboración en la búsqueda de soluciones de futuro;

b) negociar libremente bajo el paraguas de la ley;

c) obtener los acuerdos voluntariamente y por consenso;

d) que las partes definan la forma y contenido de la negociación;

e) que el enfoque de la negociación se proyecte hacia el futuro y no se recree sobre el pasado;

f) que la posibilidad de reconciliación sea facilitada e, incluso, estimulada;

g) que se desarrolle el sentido de responsabilidad; y la honestidad y lealtad sea reivindicada;

h) que las partes puedan entender el procedimiento y sean los protagonistas en las vías de solución del conflicto;

- i) que el resultado de la negociación no sea impuesto, sino facilitado por un tercero neutral;
- j) que no sea necesario que alguien pierda para que alguien gane.

3. *Ámbito de aplicación*

En términos generales, la mediación familiar hace referencia una técnica de resolución de los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, tanto si están unidos por el vínculo matrimonial, como por lazos de sangre o adopción, o entre las personas que tienen o han tenido relaciones familiares en los términos definidos por el ordenamiento jurídico.

La mediación familiar, en el ámbito de los conflictos conyugales, tiene como objetivo ayudar a los esposos, que han decidido su separación, a negociar sus desacuerdos y poder resolverlos de una manera pacífica y lo menos traumática posible. Asimismo, en los casos en que uno de los cónyuges no quiere separarse o la decisión entre los esposos aún no sea firme o definitiva, la mediación puede facilitar que las partes reflexionen para intentar llegar a una reconciliación, cuestión que resulta más difícil cuando se ha recurrido a un proceso judicial, con los correspondientes pleitos y denuncias.

Los puntos a negociar son, fundamentalmente, los que comprende el convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, que es el documento legal necesario para poder tramitar la separación de manera convenida o *amistosa* ante la jurisdicción competente.

No es objetivo de la mediación familiar tratar el impacto emocional de la ruptura conyugal, tema que suele dejarse en manos de otros profesionales, en la mayoría de casos del ámbito sanitario: médicos psiquiatras o psicólogos clínicos. En determinados casos, el mediador puede —e incluso debería— informar a las partes sobre la posibilidad o conveniencia de recurrir a la orientación o consejo conyugal u otras formas de terapia, en tanto que formas de solucionar esos problemas conyugales o familiares.

Mediar supone ofrecer a las partes un espacio neutral, imparcial y confidencial, bajo la presencia de una tercera persona cualificada —el

mediador—, que les permita hacer una pausa en el conflicto que les enfrenta para analizar y elaborar las decisiones adecuadas a la nueva situación familiar consecuencia de la ruptura conyugal.

El objetivo fundamental de la mediación es ofrecer un cauce para que los esposos elaboren por sí mismos las bases de un acuerdo duradero y mutuamente aceptado de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales, teniendo en cuenta las necesidades de cada uno de los miembros de la familia y, de forma especialísima, de los hijos. Se trata no tanto de lograr un acuerdo cuanto de lograr la colaboración de los esposos a través de un acuerdo. El espíritu de cooperación, de comunicación, de consenso, etc., que exige necesariamente el proceso de mediación puede ser, sin duda, un aprendizaje para el futuro de la familia que se reorganiza a partir de un conflicto.

En consecuencia y en apretada síntesis, podríamos enumerar como objetivos irrenunciables de la estrategia de mediación familiar los siguientes:

- a) Restablecer y/o mejorar la comunicación entre las partes;
- b) reducir los conflictos;
- c) identificar, objetivar y esclarecer los puntos específicos del litigio;
- d) dar lugar a acuerdos amistosos;
- e) asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos;
- f) reducir el desgaste emocional y los costos económicos y sociales de los procesos de separación;
- g) reducir el tiempo necesario para regular la solución al conflicto.

4. *Principios básicos de la mediación familiar*

Los principios básicos que informan la intervención del mediador familiar son: la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad.

A. *Imparcialidad*

El principio de imparcialidad significa no tomar partido por uno o por otro, reequilibrar el tiempo y la atención que ambos necesitan e igualar el poder que cada una de las partes mantiene ante su cónyuge.

El mediador no debe aliarse con ningún cónyuge en particular para ir en contra del otro. Incluso profesionales con mucha experiencia pueden cometer este error. A lo largo de la mediación, es muy fácil perder el equilibrio y situarse en uno de los dos «bandos». Las razones de tomar partido son muy variadas: desde la conmiseración por el que más sufre a la simpatía o empatía con una de las partes.

El mediador no está a favor de ninguno. Más bien está «en contra» de los dos: en contra de todas aquellas actitudes que puedan ser lesivas, injustas o vejatorias para el otro o para los menores.

B. *Neutralidad*

El profesional que interviene en las crisis matrimoniales no debe dejarse aprisionar en la espesa telaraña de las relaciones conflictivas que afectan a la pareja. Un prudente distanciamiento de los problemas, le ayudará a ser más objetivo y sereno, sin precipitar con sus intervenciones una errónea salida al conflicto.

El principio de neutralidad hace referencia al trabajo que el mediador debe realizar no sólo en relación con las partes, sino también frente a sí mismo. Frente a su propia historia, sus emociones, sus valores personales e incluso sus prejuicios.

Es por tanto de gran importancia, a la hora de desempeñar su función, el ser capaz de reconocer las resonancias personales que la situación concreta puede provocarle, ya que esto le va a permitir distanciarse y actuar en la forma más objetiva e idónea.

Las dificultades aumentan cuando nos acercamos al mundo de la culpabilidad. Los consejos no son en este punto fáciles.

Es cierto que hurgar en los elementos de la culpa puede profundizar innecesariamente las heridas y exacerbar la desunión de los cónyuges, y

que puede tener sus consecuencias en el proceso de la mediación y en el desarrollo posterior de las relaciones familiares, una vez obtenida la solución consensuada a su problema; pero ignorar por completo la culpabilidad —«nadie es culpable de lo que ha ocurrido»; «son cosas de la vida, ya se sabe»; etc.— significa confirmar que no hay nadie responsable de lo ocurrido. No resulta fácil invocar la libertad y rechazar del todo la responsabilidad. Convendrá conocer, de ordinario, en qué medida son ambos culpables. Lo habitual es que ambos lo sean (aunque con intensidad diferente).

C. *Confidencialidad*

El principio de confidencialidad tiene su fundamento en el compromiso que el mediador adquiere y que le obliga a guardar secreto sobre el contenido de las entrevistas y de los eventuales acuerdos que pudieran establecerse. Este compromiso sólo puede romperse cuando las partes interesadas lo autoricen expresamente.

5. *Participación del abogado en la mediación: mediador o asesor jurídico*

Ante un caso susceptible de solucionarse a través de la mediación, el abogado puede, sin duda, proponerse a sí mismo como mediador ante las partes. En ese caso no podrá asesorar o defender a ninguna de ellas y su labor consistirá, en síntesis, en mostrar las distintas opciones posibles para alcanzar un acuerdo, identificar y objetivar los puntos de conflicto, facilitar la comunicación entre las partes y, finalmente, redactar los acuerdos alcanzados.

El abogado que asume un proceso *no formal* de mediación, debe considerarse más un consejero que un jurista. Aunque, como es obvio, sus mejores conocimientos y técnica jurídica deben estar siempre al servicio de las partes y resultan absolutamente necesarios para el asesoramiento, redacción, etc. de las estipulaciones del acuerdo o convenio regulador de las futuras relaciones entre los esposos.

Hemos señalado que el mediador es un tercero neutral; por tanto, si el abogado se propone así mismo como mediador, su neutralidad debe ser

percibida claramente por las partes en conflicto, éstos deben apreciar que el profesional no tiene preferencias ni prejuicios hacia ninguna de ellas.

Si el letrado se ha propuesto a sí mismo como mediador y la negociación entre las partes fracasa y se opta por una solución litigiosa del conflicto, el abogado debe renunciar a la representación letrada de cualquiera de las dos partes.

Otra función posible del abogado es la de asesor jurídico de una de las partes. En este caso, el abogado, previo acuerdo con su representado y la representación letrada de la contraparte, propone a su representado la mediación de un tercero. A partir de ese momento, la labor del abogado es asesorar a su representado a lo largo del proceso de negociación. Si la mediación termina con éxito, el abogado también deberá controlar el proceso de validación legal del acuerdo alcanzado.

Las personas deben aceptar voluntariamente la mediación, y un paso previo para esa aceptación es informarles adecuadamente de las características de la misma y del procedimiento a seguir. Si las partes en conflicto no aceptan de forma voluntaria la mediación, ésta ni puede ni debe llevarse a cabo.

Por último, ni la mediación reemplaza otras opciones pacíficas o consensuadas y extrajudiciales de resolver conflictos, ni es la panacea que puede servir para todos los casos, ni puede sustituir la vía judicial. Pero sí se ha revelado como un medio adecuado para resolver conflictos: no sólo por el alto porcentaje de acuerdos que se consiguen a través de ella, sino también por el alto grado de cumplimiento de los acuerdos y el nivel de satisfacción de las partes.

6. *Indicaciones y contraindicaciones de la mediación familiar*

La filosofía que rige la mediación resulta tan atractiva que puede dar lugar a una visión excesivamente optimista de la misma, llegando al error de creer que la mediación es la alternativa por excelencia para la resolución de todos los problemas o conflictos familiares. Y aunque ese sería el fin a perseguir, ni debemos ni podemos permitirnos el lujo de perder el contacto con la realidad.

La aplicación de una técnica, como es en este caso la mediación, prescindiendo de los determinantes del contexto en el cual se aplica, es una actitud irreflexiva, cuando no temeraria. Por más loable que sea el protagonismo de las partes en la resolución del conflicto, no se puede aplicar este principio indiscriminadamente sin correr el riesgo de incrementar la frustración de las partes e, incluso, de generar una imagen negativa que dificultará la aplicación de dicha técnica en los casos en que sí sea apropiada.

La mediación, como cualquier otra técnica, tiene sus limitaciones; esencialmente porque trabaja partiendo de la libre voluntad de las personas implicadas en el conflicto, y allí donde la voluntad esté mediaticada o matizada por alguna circunstancia, la mediación estará contraindicada.

En este sentido, la mediación no parece la solución más aconsejable para aquellos casos en los que:

a) Alguno de los esposos no ejerza el control de su voluntad y, por tanto, sean incapaces de asumir y cumplir compromisos adquiridos o, incluso, de adquirir compromiso alguno.

No parece prudente iniciar un proceso de mediación si se tiene la certeza de que uno o ambos esposos padecen comportamientos disfuncionales tales como alcoholismo, drogadicción, etc.

b) Tampoco resulta aconsejable la mediación en aquellos supuestos en los que uno de los esposos, o los hijos, sean objeto de violencia familiar, porque las decisiones estarán inevitablemente condicionadas por el desequilibrio de poder que existe entre los esposos, llegando a influir en los acuerdos el temor al otro, con el consiguiente riesgo para los miembros de la unidad familiar víctimas de la violencia y el incremento de la probabilidad del incumplimiento de los acuerdos.

La responsabilidad del mediador exige en estos casos tomar las precauciones necesarias para garantizar en todo momento la seguridad del sujeto que ha sido objeto de agresión durante la convivencia.

Partiendo de estas premisas, es evidente que la mediación o su contraindicación requiere un trabajo preliminar que verifique la pertinencia y viabilidad de la misma.

El mediador debe asegurarse sobre la voluntad con que acuden las partes en conflicto, la aceptación y la firmeza de su decisión sobre la ruptura conyugal y que ambos aceptan, aprueban y respetan las reglas de la mediación familiar. Todo lo cual deberá quedar reflejado en un compromiso de intervención suscrito por el mediador y los cónyuges y sus representantes legales, en su caso.

7. El proceso de mediación

La mediación familiar, en su aplicación a la separación, es un proceso de intervención estructurado y con una metodología propia.

La mediación es un arte, un saber hacer. Como es de sobra conocido no se trata de una terapia, ni de un consejo conyugal, ni menos aún de una asesoría jurídica. Es una técnica basada en la aplicación de conocimientos aportados por el derecho, la psicología, la pedagogía, la sociología, las técnicas de negociación, etc. La mediación se sirve de todos esos campos.

El proceso de mediación se desarrolla a lo largo de una serie de entrevistas, limitadas en su número y en el tiempo, con tres etapas diferenciadas: la premediación, la negociación, y la redacción y firma del acuerdo.

A. Algunas cuestiones previas

Para que la mediación familiar sea satisfactoria, debe utilizarse conjuntamente con los procedimientos legales; esto es, la mediación no significa ni puede ser un sustituto del amparo legal ofrecido a las partes por la legislación vigente.

El mediador debe actuar siempre conforme al mejor interés de las partes que desean participar en el proceso de mediación. Para determinar si la mediación debe tener lugar o no y qué forma debe adoptar, el mediador debe plantearse ciertas preguntas y resolverlas apropiadamente:

Primero, ¿las partes se beneficiarán del proceso de mediación? Si la respuesta es negativa, entonces la mediación es inapropiada, y las partes deben ser informadas de acuerdo con esto.

Segundo, ¿las partes están adecuadamente representadas por su propio abogado? ¿las partes gozan de la suficiente información jurídica? Si la respuesta es afirmativa, en la mayoría de los casos la mediación debe seguir adelante si la partes así lo desean. Sin embargo, si la respuesta es negativa, el mediador debe aconsejar a las partes que busquen abogado lo más pronto posible.

La mediación puede tener lugar en ciertas circunstancias aunque las partes no estén representadas, siempre que se hayan ofrecido las advertencias adecuadas y no existan impedimentos éticos que hagan el proceso inapropiado.

Tercero, ¿existe igualdad entre las partes para negociar? Una vez establecido que no hay igualdad, es esencial determinar si la desigualdad apreciada es suficiente para decidir en contra de la mediación.

Esta cuestión debe estudiarse detenidamente, examinando todas las variables y las capacidades de las partes (quién ha propuesto la mediación, cuál es el propósito de la mediación, la capacidad para contar o no con asesoramiento legal, el nivel educativo y de conocimiento de derechos legales, la estabilidad económica; etc.).

Cuarto, ¿el mediador está suficientemente capacitado para mediar en ese caso concreto? es esencial conocer las propias limitaciones como mediador y aceptar o declinar los casos de forma coherente.

Quinto, el mediador debe promover la consideración de los intereses de terceros afectados por los acuerdos: especial y principalmente de los hijos, pero también de otros familiares, por ejemplo los abuelos.

Sexto, ¿es aconsejable que el mediador se entreviste con los hijos de la pareja en conflicto? En caso afirmativo, el mediador deberá extremar el cuidado y definición del cuándo, el cómo y con qué finalidad. Deberá solicitar el permiso de los padres. deberá preparar a los padres y a los hijos para la entrevista. Y deberá determinar cómo usar la información obtenida, sin violar la confidencialidad que debe regir todo el proceso.

Séptimo, ¿la mediación debe realizarse sólo con la pareja en conflicto o también con la familia y en qué extensión? En caso afirmativo, cuándo, con quién y con qué finalidad. ¿La entrevista se debe realizar

con la presencia de otros familiares? ¿en qué momento incluirlos, en su caso? ¿El mediador está capacitado para manejar esas entrevistas o necesitará la colaboración de un comediador versado en esas técnicas?

Octavo, ¿existe intento de abuso o manipulación del proceso de mediación por una o ambas partes? Si existe, el mediador debe estar dispuesto a no iniciar o a finalizar la mediación si la parte o las partes persisten en esos intentos.

B. *La premediación*

Se trata de una fase preliminar a la negociación en la que el Mediador debe dirigir su intervención, entre otros, hacia los siguientes puntos:

1. El mediador debe informar adecuadamente a los cónyuges, y a sus asesores legales en su caso, del marco referencial en el que se inscribe la labor que va a realizar y cuáles son los fines que pretende obtener a través de esta técnica.

Por tanto, debe explicar con claridad el proceso de mediación en cada una de sus fases, haciendo hincapié tanto en los objetivos que persigue, como en el papel que el mediador y las partes —y en su caso sus asesores legales— que solicitan la mediación desempeñan.

2. Establecer la credibilidad de la mediación y del mediador. La eficacia de la mediación depende, con frecuencia, de cuál sea la autoridad del mediador y del modo en que usa de ella.

En el establecimiento de la credibilidad de la mediación y el reconocimiento de la autoridad del mediador, influyen, sin la menor duda, las cualidades personales, la capacitación profesional y el manejo de las habilidades necesarias para el tratamiento de conflictos y del buen uso que de todo ello haga el mediador.

3. Establecer un vínculo de empatía y crear un clima de confianza que permita el correcto desarrollo de las siguientes entrevistas.

Es importantes ser optimistas. Ayudar a las partes a no sufrir por lo que todavía no es. Una cosa es prevenir lo que pueda suceder y otra muy

distinta anticipar negativa y falsamente lo que con toda probabilidad jamás sucederá.

4. Impulsar y subrayar la importancia de la comunicación, la cooperación y el diálogo entre las partes, protagonistas reales del proceso.

Cuando se consigue que, sin dramatismo, ni injusticias, ni humillaciones, cada cónyuge asuma su responsabilidad, los efectos suelen ser muy beneficiosos.

El diálogo se favorece cuando los cónyuges están persuadidos de que el mediador no se aliará, en concreto, con ninguno de ellos; que no se dejará impresionar por el mayor o menor dramatismo con que sus representados se expresan. Cuando los cónyuges están persuadidos de que el mediador, de hecho, no trata de juzgarles, sino de procurarles las mejores vías para la obtención de la solución o acuerdo que necesitan.

Al final de cada entrevista, no debe haber vencedores ni vencidos. Debemos evitar, a toda costa, que ninguno se arrogue el papel de «triunfador» o de «víctima».

5. Evaluar si las partes cumplen los criterios exigidos en el desarrollo de la intervención mediadora, así como comprobar el interés y la actitud de la pareja frente a la mediación, para determinar si están en condiciones de iniciar el proceso que solicitan.

Para posteriormente centrarse en:

1. Constatar las razones que a uno y otro les han movido a tomar la decisión de la ruptura, ofreciendo a ambos la posibilidad de expresarlas.

2. Proceder a la firma del «acuerdo de mediación» en el que se exprese el consentimiento común de las partes para realizar la mediación. Aunque cada mediador puede establecer reglas propias, siempre que sean coherentes con los principios generales de la mediación, se considera básico que se contemplen entre otros extremos:

a) El proceso de mediación es voluntario y no vinculante;

b) las partes pueden poner fin, en cualquier momento, a la mediación, notificando formalmente su decisión a la otra parte y al mediador;

c) la neutralidad e imparcialidad del mediador; que no representa a ninguna de las partes;

d) la dirección y control en los aspectos procedimentales de la mediación corresponde al mediador;

e) la confidencialidad sobre el contenido de las entrevistas y/o sesiones de negociación. El mediador podrá reunirse por separado con cada una de las partes, y esas reuniones serán confidenciales;

f) el mediador no transmitirá información recibida en confidencia a menos que se le autorice expresamente a hacerlo;

g) el compromiso de cooperación y respeto mutuo en el que se van a desarrollar las entrevistas;

h) el compromiso de ambas partes de suspender o no entablar acciones judiciales mientras dure la Mediación;

i) el compromiso de las partes de facilitar toda la información y documentación necesaria para llegar a un acuerdo;

j) el mediador establecerá los casos en los que él considera que debe poner fin a la mediación, por ejemplo cuando surja de la reuniones la comisión de delitos que deba denunciar, la existencia de violencia familiar o cualquier otra causa que a su juicio impida trabajar en un clima de cooperación y buena fe;

k) establecer claramente los honorarios que percibirá el mediador y la forma de pago.

3. Explorar los puntos de acuerdo, en caso de existir, y sus divergencias, con la finalidad de distinguir entre los conflictos que permanecen ocultos de aquellos otros que son expresados abiertamente por cada uno de los miembros de la pareja.

Deben conocerse muy bien cuáles son las posiciones y los intereses de las partes en conflicto. Las posiciones son las cosas concretas que cada parte desea: la guarda y cuidado de los hijos, el uso de la vivienda familiar, etc. Sus intereses son las motivaciones intangibles que le llevan a asumir esas posiciones: sus necesidades, sus preocupaciones, sus temores, sus experiencias pasadas y sus aspiraciones.

C. *Etapas de negociación*

Uno de los objetivos prioritarios, para conducir adecuadamente la mediación, consiste en disminuir la intensidad del conflicto conyugal; ayudar a los esposos a individualizar los problemas y a ser audaces e imaginativos en las ofertas de solución.

El conflicto disminuirá si cesan las discusiones estériles. Si se abandona la discusión y se entra en el diálogo. En el proceso de negociación, toda experiencia es poca: las soluciones que fueron bien en un conflicto, tal vez sean erradas en otro.

En la etapa de negociación se van a considerar principalmente los siguientes aspectos:

1. Negociación acerca de la forma de compartir las responsabilidades parentales.

A lo largo de la(s) entrevista(s), los padres se irán acercando paso a paso a todo aquello que tiene relación con la vida cotidiana de sus hijos, como son: los temas relativos a la guarda y custodia, el tiempo que van a pasar con cada uno de los padres, los periodos vacacionales, las relaciones con la familia extensa (abuelos, tíos, primos, etc.), la escuela, la elección sobre su orientación educativa, el tiempo libre, asistencia sanitaria, etc., así como todos los valores y pautas que los padres quieran transmitir a sus hijos, mediante un proyecto parental común.

2. Negociación sobre las responsabilidades económicas

Contribución o aportación que cada uno de los padres debe hacer para cubrir las necesidades de sus hijos y, en su caso, la que pueda corresponderle a un miembro de la pareja respecto del otro.

3. Adjudicación del patrimonio y liquidación del régimen económico matrimonial.

El proceso de mediación no tiene por qué referirse a todas y cada una de las estipulaciones del convenio regulador de la separación de las partes, puede referirse sólo a aquellas cuestiones en las que las partes se encuentran enfrentadas.

D. *Redacción y firma del acuerdo*

Una vez que la mediación concluye satisfactoriamente y los asuntos se han resuelto, queda la cuestión de la firma del documento resultante. El documento será signado por las partes y por el agente mediador.

Logrado el acuerdo de mediación, las partes son libres para acudir a la vía judicial dejando sin efecto lo resuelto en la mediación, con la consiguiente responsabilidad por los daños y perjuicios que de ello se deriven por el incumplimiento de las obligaciones asumidas. Estos daños y perjuicios deberán ser contemplados por el agente en el propio acuerdo de mediación.

E. *Naturaleza del acuerdo*

El acuerdo suscrito tendrá eficacia interpartes al ser manifestación de su voluntad libre y consciente. Dicho acuerdo por sí mismo no tendrá valor ejecutivo ya que, o bien las partes deberán solicitar al Juez o Tribunal su homologación a través del correspondiente proceso consensuado, o bien deberán acudir a los fedatarios públicos para la realización o ejecución de los acuerdos.

Para que el acuerdo adquiera legalidad, la partes lo entregarán a sus abogados, los cuales le darán, en su caso, forma jurídica para su presentación y aprobación por el órgano jurisdiccional competente. En caso de que las partes no quisiesen homologar dicho acuerdo estarán obligados por él como marco voluntario en que debe desarrollarse la relación familiar¹⁵.

15. Sobre estas cuestiones vid. M. TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Valencia 1999, pp. 21-38.